

# 共同正犯と従犯との區別 (二)

齊藤金作

## 一 序説

## 二 學說による區別 (以上二九卷四冊)

## 三 判例における區別

1 第一期判例の區別

2 第二期判例の區別

3 第三期判例の區別

4 第四期判例の區別

## 四 結語

## 三 判例における區別

判例は、周知のごとく、昭和十一年五月二八日第一第二第三第四刑事聯合部判決以來、<sup>(一)</sup>共同意思主體説を採用して  
いる。そして、戦後、最高裁判所が創設されたのちにおいてもこの説を維持し、現在にいたつては、と考えられ  
る。そこで、大審院時代と最高裁判所時代との全期間を四分し、大審院時代舊法下を第一期とし、大審院時代現行法

下右判例以前を第二期とし、大審院時代現行法下右判例以後を第三期とし、最高裁判所時代を第四期として、以下、判例が、共同正犯と従犯とを如何に區別してきたかを検討することにしよう。

- (一) この判例は、後段四六頁以下に掲げた。
- (二) 拙著、共犯理論の研究、一二四頁参照。

# 1 第一期判例の區別

(一) 第一期、すなわち、舊法下においては、舊刑法第一〇九條が『重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス』とし、また、その第一一〇條が『身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト爲ル時ハ其重キニ從ツテ一等ヲ減ス(一項)』『正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從ツテ減免スルコトヲ得ス(二項)』と規定していた。そこで、正犯の實行々爲以前の所爲を幫助した者のみを從犯とし、その實行々爲への加功は從犯でない、とすべきか否かが問題となつた。すなわち、第一期の學說のうちには、右の第一〇九條の文理解釋から、從犯とは正犯の實行々爲以前の所爲を幫助した者をいふとする見解があつた。例えば、宮城氏は『爰に各犯分擔の所爲に就て考ふれば、一は犯罪を構成するに已むべからざる所の所爲にして即ち犯罪の原因たるものあり。一は此くの如く重要ならずして唯だ犯罪を容易にする爲めのものあり。故に必ず此第一の所爲を分擔したる者と此第二の所爲を分擔したる者とを區別せざる可からず。此第一の所爲を分擔し

たる者之を正犯と云ひ、第二の所爲を分擔したる者之を從犯と云ふ<sup>(一)</sup>とし、さらに、これに説明を加えて、『我刑法に所謂從犯は、正犯の豫備の所爲を幫助したる者なりと知るべし。然らば決心を幫助したる者、若しくは決行を幫助したる者は如何、予曾て言へること有り、曰く、犯罪の決心豫備決行には理論上各正從ありと雖も、我刑法は決心に付きては唯其正のみを認め、豫備に付きては正を認めずして獨り從を認め、決行に付きては正從の區別を爲さずして總て正犯として之を認むと。是を以て決心を幫助したる者は、時に或は教唆者として罪を問ふこと有れども、多くは無罪なり。決行を幫助したる者は、悉く正犯として罰せらるるなり』と説いている。<sup>(二)</sup><sup>(三)</sup>

(一) 宮城浩藏、刑法講義（明治一七年）六一四頁以下。

(二) 宮城浩藏、刑法正義（明治二六年）七七六頁以下。

(三) また、井上正一、日本刑法講義（明治二一年）七五四頁も、舊刑法第一〇九條の『從犯を構造する所爲は、必ず犯罪前に係る者ならざる可からず』としつつ、『正犯は犯罪に付き或は心意上の原因たり、或は事實上の原因たる者にして、畢竟犯罪を發生せしむる者なりと雖ども、從犯は則ち之に異なり、唯正犯を幫助し、犯罪を容易ならしめたるに過ぎざる助因なり』と説明し、古賀廉三、刑法新論（明治三一年）七四九頁も、『現行刑法に據れば、從犯を構成する場合只一ある而已。即ち正犯の實行以前に於て正犯と爲る可き者に對して豫備の所爲を以て之を幫助する場合即ち是なり。（中略）故に正犯の犯罪實行中若くは犯罪實行後に於ては、假令何等の所爲を以て正犯を幫助するあるも、決して從犯を構成するものにあらざるを知るべし』と述べる。

(二) 判例は、右に對し、從犯は正犯の實行々爲以前の段階において成立するのみならず、その實行中においても成立するといふ見解を採つていた。例えば、明治三七年一〇月一日第一刑事部判決にいう『刑法第百九條には「重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ（中略）」とあるを以て、從犯の罪は正犯が犯罪を實行する以前に於て豫備の所

爲を以て正犯を幫助するにあらざれば成立せずとの議なきにあらざると雖も、同條に「器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ」と掲けたるは、正犯幫助の爲め用ゆべき手段方法が必ず犯罪實行以前に於ける豫備の所爲たることを要すとの趣旨にはあらずして、右は單に從犯行爲の重なるものを例示し、重罪輕罪を犯すことを知て正犯を幫助し犯罪を容易ならしめたる者は從犯として之を處罰すべきことを規定したる立法の精神に外ならざれば、正犯が犯罪行爲に著手するの前後を問はず苟も之を幫助し其犯罪を容易ならしめたる以上は從犯の罪は成立するものと云はざるを得ず。何となれば正犯が犯罪行爲に著手する以前の所爲すら正犯を幫助し其犯罪を容易ならしめたるものは從犯として之を處罰するに拘らず、犯罪著手後に至り正犯を幫助し其犯罪を容易ならしむべき行爲をなしたる者を從犯として處罰せざる條理なきを以てなり』と。(一)

同趣旨の判例に、明治三四年一〇月四日第二刑事部判決、明治三五年三月二八日第一刑事部判決がある。(三)(四)

ところが、正犯の實行々爲への加功が必ずしも共同正犯でなく、從犯もまた成立するとすれば、この點において、共同正犯と從犯との區別如何ということが問題となるのである。當時、判例は、『正犯者(中略)を幫助して其犯罪を容易ならしめたる者は從犯と爲し處分すべきものとす』と(五)し、また、『正犯(中略)を幫助し其犯罪を容易ならしめたる以上は從犯の罪は成立する』とした。(六)それは、まさに、後段で述べる當時の學說と其の軌を一にするものがある、と考えられる。なお、判例のうちに、犯罪成立に對する影響の輕重を以つて區別の標準とすべし、とするものがある。明治三十六年一月一五日第一刑事部判決にいう『實行正犯は、現に罪を犯したる者を謂ふものにして、其現に罪を犯したりとは、犯罪の成立に重要な行爲を爲す者を謂ふ』と。(七)

(一) 大審刑錄一〇輯一八七八頁。

(二) 大審刑錄七輯九卷二二頁。

(三) 大審刑錄八輯三卷八九頁。

(四) 事後の從犯はこれを處罰しないとものに、明治二八年刑事部判決（大審刑錄一輯四卷三頁）がある。

(五) 大審刑錄七輯九卷二三頁。

(六) 大審刑錄一〇輯一八七八頁。

(七) 大審刑錄九輯三七頁。

(三) しかば、當時の學説は如何なるものであつたであらうか。その大部分は、客觀説、なかんずく、メツガーのいわゆる實質的客觀説<sup>(一)</sup>にもとづいて事を論じていた。例えば、富井博士は『正犯とは（中略）犯罪を構造するに必

要缺く可からざる者を云ひ、從犯とは唯犯罪を幫助し之を容易ならしめたる者と云ふに非ずや、換言せば、一は犯罪の原因者にして、又一は犯罪の成立に關係なき者とす<sup>(二)</sup>』と説いている<sup>(三)</sup>。これと異り、松原氏は、メツガーのいわゆる

形式的客觀説にもとづいて、從犯の要件に、正犯を幫助するの所爲並びに幫助の意思の二を數え、これを解説して『其幫助行爲とは實行行爲に加擔せざるを云ふ。我刑法「豫備の所爲を以て」云々と云ふは蓋し此義なり。例ば器具を給與し又は誘導指示するの類之なり。實行行爲即犯罪構成要件たる行爲に加擔するときは正犯となる』。『幫助の意思とは他人の犯行を幫助し、之を容易ならしめんとするの意思にして、自ら手を下し罪を犯さんとの意思にあらざるなり。然り然れども、實行行爲に加擔するときは之れ現に手を下して罪を犯す（實行加擔）もの（即正犯）にして、之れ正犯の意思あるものなり。幫助の意思あるものと云ふべからず<sup>(四)</sup>』と説いていた。いわゆる構成要件論の前驅的見解と稱することができよう。

そして、さらに、爾餘の學説は、おおむね、折衷的見解を採つていた。例えば、江木氏は『從犯の所爲たる、正犯の所爲と異にして、主たる犯罪を執行するの所爲にあらずとするも、從犯にして其故意に依り其所爲を以て正犯の所爲の原因たらしめたるときは、從犯として之を罪とする』折衷主義をもつて、わが刑法の探るところなりとし、從つて、『從犯の所爲は正犯たる所爲に對して毫末も加功することなし。故に正犯の所爲中には、更に從犯の所爲の一分子をも包含することなし。是れ數人の正犯相互の關係と正犯と從犯との關係を異にする要點なり。千百の從犯ありと雖も正犯の所爲の毫末を減ずること能はざるは、猶ほ千百の豫備を爲すも犯罪執行の著手たること能はざるが如し。

我刑法の正文にも、「犯罪を容易ならしめたるものは云々」と云ひ、其犯罪の所爲に加功したる場合（即ち正犯）と明記し、犯罪の所爲に至りては獨り正犯の爲す所に一任して從犯の與る所にあらずとせり』と説いていた。<sup>(五)</sup><sup>(六)</sup>

(1) Mezer, Strafrecht, 1949, S. 440.

(11) 富井政章、刑法論綱全（明治三二年）二二六頁。

(12) また、岡田朝太郎、日本刑法論（明治二七年）一〇九五頁も『從犯の成立するには正犯を幫助し容易ならしめたるに過ぎざることを（第五の）必要條件とす。是れ多くの所爲が正犯たるか從犯たるかを區別する最も必要な標準なり。幫助し若くは容易ならしむるとは、正犯の成立に缺く可からざるものに非らずして、止だ之に幾分の助を與へたるを謂ふ。（中略）故に門戸の外に在て他人が屋内の強盜を働らく間瞭望したる者の如きも、常に正犯と斷言す可らざると同時に常に從犯なりとも斷言する能はず。瞭望者あり始めて共犯者志を達し得たる形迹あれば正犯なり、瞭望者ありしが爲に多くの財物を得たる等の事實あるのみにして之を省きても志を達するは一なりし如き場合には從犯なり』とせられ、小疇傳、日本刑法論總則（明治三九年）二五八頁は、フランクの原因説をもつて最も妥當な見解なりとし、『正犯と從犯との區別の標準に於て學說分ると雖も、少くとも我現行刑法の解釋としては客觀主義中フランク氏の（價值多き條件を與へたるものを共同正犯とし價值少なき條件を與へたるものを從犯となす）説と同様に解することを至當とす。何となれば刑法第百九條に於て云々器具を給與し又は誘導指示し其

他豫備の所爲を以て正犯を幫助し犯罪を容易ならしめたるものは從犯と爲し云々とあるに依て見れば、同條に所謂「器具を給與し又は誘導指示し」とはフランク氏の所謂精神的因果關係を與ふる條件に相當し、「豫備の所爲を以て正犯を幫助し云々」は同氏の所謂罪の實行の開始に至らざる原因に相當するものと解するを至當とす』としていた。

(四) 松原一雄、新刑法論（明治三十七年）一六四頁以下。

(五) 江木衷、改正増補現行刑法汎論（明治二十二年）二三一頁以下、二三四頁以下。

(六) また、林正太郎、日本刑法博議（明治二十二年）五七六頁は『數人共謀一致して各々掌る所爲を分擔したる場合に於ては、假令犯行に必要なざる夫の門外に瞻望せし如きものも亦た之れを共正犯と爲し、（中略）反之共謀一致することなく、密だに重罪、輕罪を犯すを知りて之れに予預したるに過ぎずして別罪を構成するに足らず、單に幫助のみの所爲なるときは之を從犯となし』すべきものとしていた。

## 2 第二期判例の區別

(一) 第二期、すなわち、現行法下、上記、昭和十一年の刑事聯合部判決までの期間を、ここに、考究することにしよう。

まず、現行法は、刑法第六二條において、『正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス（二項）。從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス（二項）』とし、舊法の認めていた幫助の手段方法の例示を廢止したが、判例は、この點に關しては何等の變更も見なかつた、と考えられる。すなわち、從犯は正犯の犯罪實行以前において成立するのみならず、實行中においても成立する、と解する判例の態度には變りがなかつた。例えば、明治四十二年九月二〇日第二刑事部判決にいう『正犯を幫助する爲めに用ふる手段は必ずしも正犯の犯罪實行前に於ける所爲たることを要するものにあらず。苟くも正犯

を幫助して犯罪を容易ならしめたる所爲あるに於ては、其所爲正犯の犯罪實行に著手したる後に行はれたる場合と雖も、之を從犯として論ずべきものとす。何となれば正犯の犯罪實行に著手する以前に於ける幫助の行爲すら既に從犯として處罰せらるることを免れざるに拘らず、進で正犯の犯罪實行に著手したる後に至りて爲したる幫助の行爲を從犯として處罰すべからずとの理由あるを看ざればなり。而して右の趣旨は舊刑法第百九條の適用に關し本院判例の夙是認する所たり。今刑法從犯に關する規定を見るに、其第六十二條には單に「正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス」とにあるに過ぎずして、舊刑法第百九條に比し法文頗る簡單なりと雖も、右は舊刑法第百九條に存する如き不必要なる文詞を用ゐざるものなるに止り、立法の精神に至りては舊刑法第百九條の規定の精神と敢て相異する所あるものにあらざれば、右第百九條の適用に關する本院の判例は刑法第六十二條の適用に付之を變更すべき理由なし」と。<sup>(一)</sup>同趣旨のものに、大正六年七月五日第二刑事部の判決がある。<sup>(二)</sup>

(一) 大審刑錄一五輯一二四六頁。

(二) 大審刑錄二三輯七八七頁。

(二) 從犯の觀念について、明治四三年九月二〇日第一刑事部の判決は説いていう『從犯は罪の實行行爲に屬せざる行爲を以て正犯の實行行爲を幫助することに依て成立す。而して其幫助の手段は器具を給與するが如き物質的幫助たると、將た助言を與ふることに因りて正犯の實行を獎勵するが如き精神的幫助たるとは問ふ所にあらざるなり』<sup>(一)</sup>と。すなわち、實行行爲を分擔した者を共同正犯者とし、實行行爲を分擔しない者を從犯者とするのである。そして、判例は、幫助の態様を、或いは、正犯の實行行爲を『容易ならしめること』とし、<sup>(二)</sup>或いは正犯に犯罪遂行の『便



宜を與へること』とし、或いは、『便宜を與へ之を容易ならしめること』とし、或いは、『犯意を強固ならしめること』  
(三) (四) (五)

としてゐる。

(一) 大審刑録一六輯一五二八頁。その他、從犯は、犯罪の實行行爲に屬せざる行爲を以つて、正犯の實行行爲を幫助するにより成立する、とするものに、大正六年七月二日第二刑事部判決(大審刑録二三輯七八七頁)、昭和四年二月一九日第一刑事部判決(大審刑集八卷八四頁)、昭和五年二月二日第一刑事部判決(大審刑集九卷八六二頁)、昭和六年七月二日第四刑事部判決(法學一卷二號一二四頁)がある。

(二) 大正六年五月二八日刑事部判決(大審刑録二三輯五七七頁)、大正一〇年五月七日第三刑事部判決(大審刑録二七輯二六七頁)、大正一四年二月二〇日第一刑事部判決(大審刑集四卷七三頁)、昭和三年三月九日第一刑事部判決(大審刑集七卷一七二頁)——牧野英一、法律の錯誤、不作爲に因る從犯、研究四卷二六八頁——、昭和四年二月一九日第一刑事部判決(大審刑集八卷八四頁)、昭和五年二月二日第一刑事部判決(大審刑集九卷八六二頁)、昭和八年八月一〇日第二刑事部判決(大審刑集一二卷一四二〇頁)参照。

(三) 大正四年三月一五日第二刑事部判決(大審刑録二一輯三〇一頁)参照。

(四) 大正二年七月九日第三刑事部判決(大審刑録一九輯七七一頁)、昭和二年七月六日第三刑事部判決(大審刑集六卷二七三頁)、昭和四年二月一九日第一刑事部判決(大審刑集八卷八四頁)、昭和六年七月二日第四刑事部判決(法學一卷二號一二四頁)参照。

(五) 大正六年五月二五日第一刑事部判決(大審刑録二三輯五一九頁)、昭和二年三月二八日第二刑事部判決(大審刑集六卷一一八頁)、昭和七年六月一四日第四刑事部判決(大審刑集一一卷七七七頁)、昭和七年一〇月三日第一刑事部判決(大審刑集一一卷一四二五頁)参照。

(三) 學説を見るに、第二期以降においては、いわゆる構成要件論が犯罪の一般理論のうちに導入され、これに伴つて、共同正犯と從犯との區別に關しても、右の理論が重要な役割を演じることになつた。すなわち、この見解によ

れば、犯罪の構成要件に該當する行爲をなした者が正犯者であり、構成要件に該當する行爲を助け、その實現を容易ならしめた者が従犯者である、とせられるのである。もつとも、このような考え方の萌芽は、前述のように、すでに、第一期に現われてきていたのであつたが、第二期においても、その初期にあつては、いまだ、このような先驅的な見解が主張されていたにすぎなかつた。例えば、泉二博士は『現行刑法は共同實行者を共同正犯なりとするが故に、實行行爲を分擔する者は共同正犯にして、實行以外の行爲を以て正犯を幫助する者は従犯なりと解するを至當とす。而して一定の行爲が一定の犯罪の實行行爲に屬するや否やは、各種の犯罪、各個の場合に付て之を講究せざるべからず』としてゐる。<sup>(1)</sup>

これに對し、構成要件という概念を用いて、右のような考え方を明確にしたのは、瀧川・小野兩博士である點については、すでに、これを説いた。しかし、學説は必ずしもこの見解に一致していなかつた。構成要件を標準として共同正犯と従犯との區別を立てる見解を採らない爾餘の學説は、第二期以降においては、すべて折衷的な見解を採用していた。従つて、第一期におけるような區別、すなわち、正犯の實行行爲の時を標準とする區別や、因果關係論による區別は、もはや、これを見出すことができない。例えば、牧野博士は『予輩は別に一個の提案を爲さむと欲す。即ち、共同關係に於ける犯人の地位そのものを基礎と爲すことはなり。蓋、近時に至り群衆心理に關して特別な研究を試むる者、皆、人の共同運動に主動的分子と受動的分子とあることを認む。而して、予輩は此の見解を共同關係に應用せむとするなり。即ち、其の共同關係そのものに於て主たる地位を有する者を正犯とし、従たる地位に在るに過ぎざる者は従犯と爲すなり。此の説は單に事實の輕重を基礎と爲すものに非ざるが故に客觀說に非ず。然れども、單

に又犯人の心理を標準と爲すものに非ざるが故に主觀説となすことを得ず。論議の基礎は群眾心理そのものに在るが故に特別な立場に在るものとす<sup>(三)</sup>』<sup>(四)</sup>』としている。さらに、草野教授、佐瀬博士、小泉博士及び私が、共同意思主體説の立場から、析衷説を主張していることについては、前段において、すでに、これを説いた。

(一) 泉二新熊、改訂増補日本刑法論（大正五年）五六九頁以下、なお、同、刑法大要（昭和二年）一二二頁参照。

(二) また、勝本勘三郎、刑法要論總則（大正三年）四一三頁は、『立法論としては主觀説並に其緩和説たる折衷説或は可なるやも知るべからず。否な余は後にも述ぶるが如く主觀にも客觀にも此等正犯、教唆犯、從犯等の種別は全然之を廢せんと欲す、然れども解釋論としては（中略）客觀説を正しとすべく（中略）行ひたる行爲が各本條犯罪たる性質を具ふるや否即ち犯罪構成要素の全部又は一部たるべき行爲若くは犯罪の發生に直接且必要の行爲にして亦犯罪自體と認むべき着手以上の行爲なるや否を以て區別すべしとする説を以て正しとせざるべからず』とし、大場茂馬、刑法總論下卷（大正七年）一〇三六頁は、『元來一定の行爲を以て共同正犯行爲と爲すべきや將た從犯行爲と爲すべきやの區別は行爲の實質に依り定まるべきものなれば、行爲の實質を基礎とする客觀主義を以て妥當と爲す。刑法第六十條に依れば「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」とあり。茲に共同正犯の客觀的要件として注意を拂ふべきは「犯罪ヲ實行シタル者」なる文字特に「犯罪實行」の文字なり。犯罪の實行とは犯罪を構成する行爲の實行即ち犯罪構成事實に屬する行爲を實行するを謂ふ。（中略）犯罪構成事實に屬する行爲を實行するに非ずして單に其實行を可能又は容易ならしむる行爲の如きは假令犯罪完成に必要缺く可らざる行爲なる場合と雖も正犯行爲に非ずして所謂「正犯を幫助する行爲」即ち從犯行爲に外ならず』としている。

(三) 牧野英一、改訂日本刑法第一分冊（昭和七年）三八六頁。

(四) また、宮本英脩、刑法學粹（昭和六年）四一九頁は、『予は通常謂ふ所の幫助が一般的に觀察して如何なる事情の下に比較的輕微なる反規範性を徵表するやの點より考察して姑く一種の折衷説に據らんとす。即ち予の見る所に依れば、幫助の特質は加擔意思を以てする加擔行爲たる點に在り。茲に加擔意思とは、其成立に於て他人の意思（故意又は過失）を條件として定まり且之に依存する意思（正犯が止めるときは、異議なく共に止める程度の意思）を謂ひ、加擔行爲とは他人の行爲に依頼してのみ結果に影響する行爲を謂ふ。換言すれば、他人の行爲を隔てて結果に對し間接原因たる行爲なり』としている。

3 第三期判例の區別

(一) 第三期、すなわち、昭和十一年の刑事聯合部判決以降、最高裁判所設立までの期間に、共同意思主體説は、判例によつて、全的に是認せられた、と考えられる。それは、共同正犯・教唆犯のみならず、<sup>(一)</sup> 従犯についても承認せられた、と考えられるのである。以下、共同正犯と従犯とにつきこの點を検討した上、兩者の區別に關する問題若干について考察を試みることにしよう。

(一) 教唆犯に關する判例で、明瞭に、共同意思主體説に據つたと考えられるものが、昭和十二年三月一〇日の第三刑事部判決であることについては、拙著、共犯理論の研究一四五頁以下參照。

(二) 共同意思主體説を是認し、いわゆる共謀共同正犯ということを肯定した劃期的な判決は、上掲の昭和十一年五月二十八日刑事聯合部判決である。いわく『凡そ共同正犯の本質は二人以上の者一心同體の如く互に相倚り相援けて各自の犯意を共同的に實現し以て特定の犯罪を實行するに在り。共同者が皆既成の事實に對し全責任を負擔せざるべからざる理由玆に存す。若し夫れ共同實現の手段に至りては必ずしも一律に非ず。或は俱に手を下して犯意を遂行することあり、或は又共に謀議を凝したる上其の一部の者に於て之が遂行の衝に當ることあり、其の態様同じからずと雖、二者均しく協心協力の作用たるに於て其價值異るところなし。從て其の孰れの場合に於ても共同正犯の關係を認むべきを以て原則なりとす但各本條の特別の規定に依り之と異なりたる解釋を下すべき場合の存するは言を須たざるところなり、而して竊盜罪並強盜罪の共同正犯關係は殺人傷害及放火等の罪に於けると同じく上敍原則に従ふべきも

のにして、之が例外を爲すべき特質を存するものに非ず、即ち二人以上の者竊盜又は強盜の罪を犯さんことを謀議し、其の中或者に於て之を實行したるときは、爾餘の者亦由て以て自己の犯意を實現したるものとして共同正犯たるの責を負ふべきものと解せざるべからず』と。<sup>(一)</sup>この判例と同趣旨のものに、昭和十一年六月十八日第二刑事部判決、昭和十一年八月六日第一刑事部判決、<sup>(二)</sup>昭和十一年九月一七日第二刑事部判決、<sup>(三)</sup>昭和十二年三月五日第四刑事部判決、<sup>(四)</sup>昭和十二年一月九日第三刑事部判決、<sup>(五)</sup>昭和十二年二月四日第五刑事部判決、<sup>(六)</sup>昭和十三年一月二七日第二刑事部判決、<sup>(七)</sup>昭和十三年一月二七日第二刑事部判決、<sup>(八)</sup>がある。

(一) 大審刑集一五卷七三三頁——小泉英一、實行行爲に加功せざる共同正犯(昭和十一年) 志林三八卷一一號、瀧川幸辰、謂ゆる共謀共同正犯、判批二卷一一七頁、牧野英一、無形的共同正犯、研究九卷一三九頁。

(二) 大審刑集一五卷八〇五頁——瀧川幸辰、謂ゆる共謀共同正犯、判批二卷一一七頁。

(三) 大審刑集一五卷一一六三頁——吉田常次郎、刑法第一五六條の文書偽造と共同正犯の成立(昭和十二年)新報四七卷三號四七七頁。

(四) 大審刑集一五卷一二三〇頁——瀧川幸辰、謂ゆる共謀共同正犯、判批二卷一一七頁。

(五) 大審刑集一六卷二五四頁。

(六) 大審刑集一六卷一五四五頁——吉田常次郎、同時に自己の刑事被告事件にも關係ある證憑の湮滅(昭和十三年)新報四八卷八號。

(七) 大審刑集一六卷一五六七頁。

(八) 大審刑集一七卷七八三頁——登石登、暴力行爲等處罰に關する法律違反の罪の共同正犯、刑釋一卷三七五頁。

(三) 從犯に關する判例で、はじめて、共同意思主體説を採つたと考えられるのは、昭和十二年三月一〇日の第三刑事部判決である。いわく、『夫れ共犯に付ては二つの解釋あり、其の一は個人を單位として因果關係の理論を應用

して共犯現象を解せんとする個人的共犯論なり、從來主觀主義又は共犯獨立犯説と稱せらるるものはなり、其の二は個人を單位とせずして群衆の特殊心理を酌みて共犯現象を解せんとする團體的共犯論なり、從來客觀主義又は共犯從屬犯説と呼ぶるものはなり、惟ふに此等從來の稱呼必ずしも當れりと謂ふを得ざれども、我判例が後説を採れることは、共謀に因る共同正犯の成立を認むるに依りて之を知るべし、然れども、我判例の採れる共犯團體説を以て因果關係中斷論を前提とする所謂從屬犯説と混同視することなきを要す。何となれば、正犯の故意行為の介入に因りて因果關係の中斷せらるることを認めながら、なお、教唆の責任を問はんとするが如きは、不當に迂曲したる論法たるのみならず、又、實に、矛盾せる論法なればなり。而して、我判例が因果關係中斷論を採れるものに非ざることは、再間接教唆に付此の如き場合と雖、其の教唆行為なかりせば正犯の犯罪行為は行はれざりしものにして、前者は後者に對し一の條件を成し事實上相當なる因果の連絡あるの故を以て、刑法第六十一條第二項の適用ありと爲し、又、從犯の幫助に付苟も正犯が犯行を爲すの情を知つて、其の實行を容易ならしむるに於ては、直接なると間接なるとを問はず、均しく因果の關係を有し幫助の効を致すものなるの故を以て、刑法第六十二條第二項の適用ありと爲し、以て、此等の規定が正犯に對する間接教唆乃至間接幫助處罰の上に於ける例外規定と解せずして、例示規定と解せることに徴して明瞭なり。然らば、此等規定を特別例外規定たることを前提としての所論は概ね當らざるに止らず、却て、原判決が被告人に間接教唆の幫助の罪を認め、之に刑法第六十二條第六十一條第二項等を適用したるは洵に至當の措置と謂ふべく一點の非議を容るるの餘地あるを見ず』と。同趣旨のものに、昭和十二年八月三十一日の第三刑事部判決、<sup>(二)</sup>昭和十三年四月七日の第四刑事部判決、<sup>(三)</sup>昭和十三年一月一八日の第三刑事部判決、<sup>(四)</sup>昭和十五年五月九日の第二刑事

部判決、昭和十五年一月二日の第二刑事部判決がある。このように、從犯についても共同意思主體説が是認められ、(五)

れることになつたとすると、その論理的歸結として、實行行爲を分擔しない者にも、共同正犯者があり、從犯者がある、としなければならない。そこで、問題となるのは、兩者の區別如何である。上段で説いた如く、私は、犯罪事實の實現に重要な役割を演じたか否かに依つてこれを分つべきものと考え、(六)

(一) 大審刑集一六卷三一二頁——坂本英雄、間接正犯(昭和十二年)法論一六卷七號九〇頁、佐瀬昌三、間接教唆の幫助(昭和十二年)志林三九卷九號一三三頁、牧野英一、共犯理論の對立、研究七卷四〇三頁以下。とくに、牧野英一、共犯と因果關係の中斷、共犯團體説、研究七卷五一九頁は、判決の『内容においては注意すべきものがある』とせねばならぬ。一方においては、因果關係論に關して共犯獨立性論に重要な譲歩を明かにしつつ、他方においてはその從屬性論を維持せむがために新たに「共犯團體説」なるものを構成することとなり、右に述べた共謀共同正犯論と之を結合させようとしてゐるのである。共犯團體説は、草野判事の宿論であるが、共犯論としては新しい試みである。さうして、それに對して、大審院は、公認を與へ、之をもつて共犯理論の對立としたわけである』とする。

(二) 大審刑集一六卷一三五頁——川添清吉、義務の履行行爲と犯罪の成立(昭和十三年)法論一七卷二號、草野豹一郎、預りたる拳銃の返還と強盜の幫助、研究四卷一四五頁、坂本英雄、預りたる拳銃の交付と強盜の幫助(昭和十三年)法論一七卷一號、牧野英一、義務の濫用、研究七卷、同、刑法の超法規的運用、研究八卷。

(三) 大審刑集一七卷二四四頁——司波實、不作爲に因る詐欺幫助罪の成立と作爲義務、刑釋一卷一二八頁。

(四) 大審刑集一七卷八三九頁——植松正、強盜殺人罪における殺人後の奪取行爲への加功(昭和十四年)日法五卷五號、小野清一郎、強盜殺人における殺人後奪取のみに對する加功、刑釋一卷四一四頁、草野豹一郎、強盜殺人罪に於ける奪取行爲に對する幫助、研究五卷、吉田常次郎、承繼的從犯(昭和十四年)日法五卷四號。

(五) 大審刑集一九卷二九七頁——小野清一郎、從犯に關する二三の問題、刑釋三卷一三二頁、吉田常次郎、豫備的行爲を以てする從犯(昭和十六年)新報五一卷三號。

(六) 大審刑集一九卷七一八頁——小野清一郎、數人の犯罪を幫助したる者の罪數、刑釋三卷三一八頁。

(四) このように、判例が、共同正犯乃至従犯につき、共同意思主體説を、全的に承認したと解する以上、從來、それが認めていた片面的従犯ということは、もはや、これを是認し得ない、としなければならぬ。すなわち、大正一四年一月二二日第二刑事部判決が『共同正犯の成立には其の主觀的要件として共犯者間に意思の連絡即ち共犯者が相互に共同犯罪の認識あることを必要とすれども、従犯成立の主觀的要件としては従犯者に於て正犯の行爲を認識し之を幫助するの意思あるを以て足り、従犯者と正犯者との間に相互的の意思連絡あることを必要とせざるを以て、正犯者が従犯の幫助行爲を認識するの必要なきものとす』とする如き、また、右と同趣旨の昭和三年三月九日第一刑事部判決、<sup>(二)</sup>昭和八年一月九日第三刑事部判決などの採つてゐる立場は、否定せられたとしなければならぬ。何故なら、共同意思主體説よりするときは、共犯の共犯たるゆゑは、二人以上の異心別體たる個人が、一定の犯罪を犯すという共同目的を實現するため、同心一體となるの點に、これを求めるからである。<sup>(四)</sup>

- (一) 大審刑集三卷九二四頁。
- (二) 大審刑集七卷一七七頁——牧野英一、法律の錯誤、不作爲に因る従犯、研究四卷二六八頁。
- (三) 大審刑集一二卷二二九〇頁。
- (四) 草野豹一郎、刑法改正上の重要問題(昭和二五年)三一五頁参照。

#### 4 第四期判例の區別

(一) 第四期、すなわち、最高裁判所設立以降においては、舊大審院の共犯判例が、そのまま踏襲されている、と考えられる。<sup>(一)</sup>とくに、昭和二三年一月一日第一小法廷判決は、上記の昭和十一年の刑事聯合部判決と共に、共同意



思主體説を認めた代表的なものと考えられる。(一) いわく『凡そ共同正犯者が共同正犯者として處罰せられる所以のものは、共犯者が、共同意思の下に一體となつて、互に他人の行爲を利用して自己の意思を實行に移す點にあるのであるから、苟も判文上共謀事實を明確にさえすれば、共犯者の何人が實行行爲の際、その如何なる部分を分擔したかは、これを特に明示しなくとも、罪となるべき事實の判示として、間然するところはない』と。(三) この共謀共同正犯に關する同趣旨の判決は甚だ數多いのであるが、その主なるものとしては、昭和二十三年三月一三日第二小法廷判決、(四) 昭和二十三年四月一七日第二小法廷判決、(五) 昭和二十三年五月八日第二小法廷判決、(六) 昭和二十三年六月二二日第三小法廷判決、(七) 昭和二十三年一〇月六日大法廷判決、(八) 昭和二十三年一月四日第一小法廷判決、(九) 昭和二十三年一月一〇日大法廷判決、(一〇) 昭和二十四年二月八日第二小法廷判決、(一一) 昭和二十四年二月二二日第二小法廷判決、(一二) 昭和二十四年七月一二日第三小法廷判決、(一三) 昭和二十五年二月一六日第一小法廷判決、(一四) 昭和二十五年四月二〇日第一小法廷判決、(一五) 昭和二十五年六月六日第三小法廷判決、(一六) 昭和二十五年六月二七日第三小法廷判決、(一七) 昭和二十五年八月九日第二小法廷判決、(一八) 昭和二十五年一〇月二六日第一小法廷判決、(一九) 昭和二十六年三月二七日第三小法廷判決、(二〇) 昭和二十六年九月二八日第二小法廷判決、(二一) 昭和三十〇年七月一二日第三小法廷判決、(二二) 決などを擧げることができよう。(二三)

これ等の判例並にその基礎をなす共同意思主體説に對しては、多くの學者から手強い批判が加えられている。とくに、前記昭和二十三年五月八日の判決が『數名の者がある犯罪を行うことを通謀し、そのうち一部の者がその犯罪の實行行爲を擔當し遂行した場合には、他の實行行爲に携わらなかつた者も、之を實行した者と同様にその犯罪の責を負ふべきものであつて、その理は數名の者が他人に對し暴行を加えようと通謀し、そのうち一部の者が他人に對し暴行

を加え之を死傷に致したときにもあてはまるものである。しかして原判決の確定したところによれば、被告人はA、B等十數名の第一審相被告人等と共に、甲及び其の配下の者を襲撃して之に暴行を加えようと通謀し、甲方を襲ひ、B外數名の第一審相被告人等は、持つていた兇器等で甲の配下乙、丙等を突き刺し、或は殴打して右乙を死に致し、丙外三名に傷害を與へたというのであるから、たとい被告人自身は暴行をした事實なく、従つて原判決に被告人の暴行した事實が摘示されていなくとも、被告人は之が實行行爲をしたものと同様傷害致死及び傷害の罪責あること勿論である。所論は右と異なる見解に基くもので採用することはできない。論旨は理由がない』としたことを契機とし、俄然、近來まれに見る活潑な論争を惹き起した。まず、木村博士から『共謀による共同正犯』、牧野博士から『刑法の三種の問題と新判例』、瀧川博士から『共謀共同正犯』と題する各批判がそれぞれ提起され、これ對し、草野教授から『教唆の未遂と共謀に因る共同正犯』なる論著で共謀共同正犯を認むることの不可ならざる所以が力説せられた。この論文に對しては、さらに牧野博士が『共謀共同正犯雜考』、木村博士が『刑法的思维的危機』、『共同正犯と教唆犯』を以つて、共同意思主體說に對する非難をくり返し、この說を基礎とする判例の見解に對し反對なる旨を主張した。(二四)

(一) 拙著、共犯理論の研究、一二四頁以下。

(二) 小野他三氏、刑法(昭和二七年版註釋書)一一七頁參照。

(三) 最高刑集二卷一號八頁——植松正、強盜共同正犯の判示方法(昭和二十四年)新報五六卷七號五一六頁、團藤重光・平野龍一、數人が共同して強盜罪を犯した場合(昭和二十四年)判究二卷一號一三頁、小野清一郎、有罪判決における事實の判示と強盜の共同正犯、刑釋八卷三頁、牧野英一、共謀に因る共同正犯、研究一四卷二五三頁。

(四) 最高刑集二卷三號二二頁——團藤重光・福田平、數人共同による強盜罪の判示方法(昭和二十四年) 判究二卷二號六五頁、伊達秋雄、實行行爲をしなかつた強盜共謀者の責任、刑釋八卷一二六頁、牧野英一、共謀に因る共同正犯、研究一四卷二五三頁。

(五) 最高刑集二卷四號三八四頁——平野龍一、結果的加重犯の共同正犯(昭和二十四年) 判究二卷二號一六三頁、中野次雄、強盜の共同正犯の一人の加えた傷害と他の者の責任、刑釋八卷二二六頁。

(六) 最高刑集二卷五號四七八頁——小野清一郎、暴行の共謀と傷害、傷害致死、刑釋八卷二九七頁、平野龍一、暴行の共謀と共同正犯(昭和二十四年) 判究二卷三號五五頁、牧野英一、共謀に因る共同正犯、研究一四卷二五三頁。

(七) 最高刑集二卷七號七二頁——團藤重光・北本武男、強盜犯人が他人を脅迫しているときその傍で佇立していた共犯者の責任(昭和二十五年) 判究二卷四號一〇五頁、大塚仁、強盜犯人が他人を脅迫しているときその傍に佇立していた共犯者の責任、刑釋九卷六八頁、牧野英一、共謀に因る共同正犯、研究一四卷二五三頁。

(八) 最高刑集二卷一一號一二六七頁——北本武男、直接實行行爲に加擔しない暴行共謀者の責任、刑釋一〇卷三頁。

(九) 最高刑集二卷一二號一四五二頁——北本武男、強盜共謀者の一人が殺人をした場合における他の強盜共謀者の罪責、刑釋一〇卷九八頁。

(一〇) 最高刑集二卷一二號一五一二頁——植松正、共同正犯の判示方法(昭和二十六年) 警研二三卷一〇號九〇頁。

(一一) 最高刑集三卷二號一一三頁。

(一二) 最高刑集三卷二號一九三頁。

(一三) 最高刑集三卷八號一二三七頁——伊達秋雄、數名共謀による強姦致傷罪と共犯者の一人の犯行中止(昭和二十七年) 警研二三卷七號六二頁。

(一四) 最高刑集四卷二號一八四頁。

(一五) 最高刑集四卷四號六〇二頁。

(一六) 最高刑集四卷六號九五〇頁。

(一七) 最高刑集四卷六號一〇九六頁。

共同正犯と從犯との區別

(一八) 最高刑集四卷八號二五六二頁。

(一九) 最高刑集四卷一〇號二一八五頁。

(二〇) 最高刑集五卷四號六八六頁。

(二一) 最高刑集五卷一〇號一九八七頁——高田義文、實行者の具體的行爲の内容を知悉しない通謀者の責任(昭和二八年)警研二四卷一一號七九頁。

(二二) 最高刑集九卷九號一八六六頁。

(二三) なお、昭和二八年一月二三日第二小法廷判決は、過失犯の共同正犯を是認しているが、從來判例の認める共同意思主體説からはこれを認め得ない、とする點については、拙稿、過失犯の共同正犯(昭和二九年)法曹時報六卷二號。なお植田重正、過失犯と共同正犯(昭和二九年)法學論集三卷三號一一四頁、平場安治、過失共同正犯——それはあり得るか(昭和二八年)法叢五九卷三號一一五頁以下參照。

(二四) 拙稿、共謀共同正犯の論争(昭和二五年)早稻田法學二六卷一冊八七頁以下、拙著、共犯理論の研究、一二九頁以下。

(二) 従犯につき共同意思主體説を認めたものとしては、昭和二三年一〇月二三日の第二小法廷判決を數えることができる。すなわち、保釋の請求に使用するため、刑務所醫師をして虚偽内容の診斷書を作成せしめることを共謀した一人(A)が、被告人(B)に謀ることなく、同一目的のため他人(D)をして刑務所醫師名義の偽造の診斷書を作成せしめた場合において『被告人Bは本件診斷書が偽造であることを知らず、虚偽内容の診斷書と考へてこれをCに交付したとしても、Cがこれを行使した以上、前に説明したと同一の理由によりCの偽造診斷書行使の幫助に ついても亦その責任を免かれることはできない』<sup>(一)</sup>としている。

(一) 最高刑集二卷一一號一三八六頁——小野清一郎、故意を阻却しない事實の錯誤、刑釋一〇卷四〇頁。

(三) 共同正犯と従犯との區別に關連して問題となるのは『見張』である。けだし、『見張行爲は或場合には共同

正犯であることがあり或場合には單に従犯に止ることがある』と考えられるからである。いわゆる第三期、すなわち、昭和十一年以降においては、見張に關する判例はこれを見出し得ないようであるが、第四期においては、これに關し數種のことを數えることができる。その第一は、昭和二十三年三月一六日第三小法廷判決である。いわく『數人が強盜又は強盜の實行を共謀した場合において、共謀者のある者が屋外の見張をした場合でも、共同正犯は成立する』と。その第二は、昭和二十三年五月一日第二小法廷判決である。いわく『被告人以外の共犯者は最初から強盜の意思で強盜の結果を實現したのであるがただ被告人だけは軽い強盜の意思で他の共犯者の勸誘に應じて屋外で見張をしたと云うのであるから被告人は軽い強盜の犯意で重い強盜の結果を發生させたものであるが共犯者の強盜所爲は被告人の豫期しないところであるからこの共犯者の強盜行爲について被告人に強盜の責任を問うことはできない譯である、然らば原判決が被告人に對し刑法第三十八條第二項により強盜罪として處斷したのは正當であつて原判決には毫も所論の如き擬律錯誤の違法はない』と。その第三は、昭和二十三年五月二五日第二小法廷判決である。いわく『數人が強盜の實行を共謀し、そのうち一人が屋外の見張りを擔當した場合には、その者についても強盜の共同正犯が成立するとは當裁判所の判例とするところである』と。その第四は、昭和二十三年七月二〇日第三小法廷判決である。いわく『強盜の共犯者と意思連絡のもとに見張をした場合は強盜の共同正犯と斷すべきものであるといふことは、大審院數次の判例の示すところであつて、今これを改めなければならない理由は認められない』と。その第五は、昭和二十三年七月二二日第一小法廷判決である。いわく『犯罪の敢行を謀議した共犯者は、たとい犯罪の現場においては唯見張をなしただけでその實行行爲に直接加擔しなかつたとしても、他の共犯者の實行行爲を介して自己の犯罪敢行の意思を

實現したものと認められる場合には、なお共同正犯たるの責を免れ得ないものであることは既に當裁判所の判例とするところである』と。これ等は、すべて、見張を以つて共同正犯なりとしている。<sup>(八)</sup>

しかし、學説は、必ずしも、判例に賛成していない。すなわち、反對説の第一は、構成要件ということを強調する立場よりする異論であつて、團藤教授の主張するところである。教授は、上掲第一の判例研究において、見張は實行行爲の一部であらうか、と自問し、これに自答して、いう『犯行を容易にするために電話線を切斷する行爲などは、かような見地——後段に引用する小野博士の全體的觀察の見地——に立つても實行行爲とはいえないであらう（これを實行行爲とすれば、殺人、強盜等の目的で電話線を切斷した際に逮捕された者も、殺人強盜等の豫備ではなく、これらの未遂とされなくてはならない。これは行きすぎである）。しかも見張りと電話線切斷とは、犯行を容易にするための行爲として輕重はない。むしろ兩者とも實行行爲そのものではないと考えるべきではあるまいか。かようにして、わたくしは、見張りは——賭博などの見張りはむろんのこと、殺人、強盜などの見張りもまた——共同正犯ではなく、幫助犯にすぎないものと考えたいのである。行爲者定型からいつても、暴行・脅迫ないし殺人行爲そのものに加擔した者と單なる見張り——ことに屋外の見張り——とは、質的な差異があることをみのがしてはならない』と。<sup>(九)</sup>

しかし、教授が『殺人、強盜等の目的で電話線を切斷した際に逮捕された者も、殺人強盜等の豫備ではなく、これらの未遂とされなくてはならない』とするのは、單獨犯を豫定して事を論じているのではあるまいか。例えば、甲乙共謀の上、甲は殺人・強盜等の實行に着手したが未遂におわり、同時に、乙も右の實行を容易にするため電話線を切斷した際に逮捕されたような場合は、如何であらうか。やはり、乙も殺人・強盜等の未遂とせらるべきではあるまいか。

また、教授は、右第四の判例研究において以上の見解とはやや異り、見張を實行行爲と見る餘地のあることを承認し、『監禁罪における見張りは、比較的容易にそれを實行行爲の分擔として觀念することができ得るであらう』とし、『要するに構成要件的行爲に特殊の特徴の要求されているものについては、單なる見張りを實行行爲の分擔と考える餘地はないし、そうでないものについては、全體的考察において單なる見張りをも實行行爲とみる餘地があるのである。

ところで、窃盜罪については物色行爲もまた實行行爲に入るものと考えなければならないのであり、したがつて屋外の見張りをも實行行爲の分擔と考えることが可能であらうとおもう。したがつて、判旨一——窃盜の共犯者と意思連絡のもとに見張をした場合は窃盜の共同正犯と斷すべきものである——に關するかぎり、疑問を留保しながら、一應これを支持しておく。これに反して強盜については暴行脅迫によつて他人の財物を強取することが構成要件的行爲であり、單なる見張りは全體的考察においてもかような構成要件の特徴を示すものとはいえないのではあるまいか』と(一〇)とする。しかし、窃盜と強盜との見張りを、しかく、區別して論すべきものであらうか。いわゆる居直り強盜や事後強盜については、行爲者定型という立場から、如何にこれを考えるのであらうか。

反對説の第二は、全體的觀察の見地よりするものであつて、小野博士の説くところである。前段で引用した如く、博士も最近では、共同正犯における實行行爲は『二人以上の行爲を全體として觀察すべきであり、個個の行爲のみを切斷して觀察すべきではない。此の意味に於て直接手を下さなくても、犯罪を共謀し且つ其の見張を分擔するが如きは、幫助でなく共同正犯と認むべきであらう』として(一一)いるのである。しかし、數人の行爲を全體として觀察し、それが構成要件に該當するか否かを考えようとする右小野博士の見解よりするときは、罪質の如何によつて事を類型的に

斷定すべきではなく、賭博罪の如きについても、見張が、共同正犯と解せられる場合があり、従犯とせられる場合があることについては、すでに、上段において、これを説いた。平出禾氏も前掲第三の判例研究において『見張行為というものを一つの型にはめて考えることには賛成しかねる。一概に見張行為といつても具體的事案について見れば種類のニュアンスがある』としてゐる。<sup>(111)</sup>

- (一) 昭和二五年五月二三日東京高等裁判所第一二刑事部判決（高等特報九號一二頁）。
- (二) 第一期・第二期の判例・學説については、拙著、共犯理論の研究、一三六頁以下参照。
- (三) 最高刑集二卷三號二二〇頁——國藤重光・高田卓爾、屋外の見張りと窃盜の共同正犯（昭和二四年）判究二卷二號七〇頁、國藤重光、見張の性質、刑釋八卷一三二頁、牧野英一、共謀に因る共同正犯、研究一四卷二五三頁。
- (四) 最高刑集二卷五號四三五頁——中野次雄、窃盜の意思で強盜の見張をした者の責任（昭和二四年）警研二〇卷一〇號四九頁、平野龍一、窃盜と強盜との共同正犯、刑釋八卷二六二頁、松本重美、共犯と錯誤（昭和二六年）名城法學二卷二號二〇頁。
- (五) 最高刑集二卷五號五〇七頁——國藤重光・北本武男、屋外の見張と強盜の共同正犯（昭和二四年）判究二卷三號七二頁、平出禾、屋外の見張りと強盜の共同正犯、刑釋八卷三一頁、牧野英一、共謀に因る共同正犯、研究一四卷二五三頁。
- (六) 最高刑集二卷八號九七九頁——國藤重光、窃盜・強盜の見張りと共同正犯、刑釋九卷二三三頁、伊達秋雄、見張と共同正犯、刑釋九卷二二九頁。
- (七) 最高刑集二卷九號九九五頁——伊達秋雄、日本刀を携帯して強盜することを共謀して見張をした者の日本刀所持についての責任、刑釋九卷二三四頁、福田平、日本刀を携帯して強盜することを共謀して見張をした者の日本刀不法所持についての責任（昭和二五年）判究二卷六號三九頁、牧野英一、共謀に因る共同正犯、研究一四卷二五三頁。
- (八) もつとも、判例は、或いは、見張を以つて實行行為を分擔するものであるとし（明治四四年二月二日第二三刑事部判決・大審刑錄一七輯二二七三頁、或いは、見張は實行に加功するものである、とし（明治四二年六月八日第一刑事部判決・大審刑錄一五輯七二八頁）——牧野英一、刑法第五四條及び第五五條と主觀說、研究一卷一四二頁——、或いは、見張は實行行為ではな



い、共同正犯である、としている（大正十一年一月二十七日第一刑事部判決・大審刑集一卷五九三頁）——宮本英脩、強窃盗の見張と共同正犯（大正十二年）法叢一一卷四號。

（九） 刑釋八卷一三四頁。

（一〇） 刑釋九卷二二六頁。

（一一） 小野清一郎、新訂刑法講義總論（昭和二十七年）二〇五頁。

（一二） 小野博士の『刑法概論』においては、その一六九頁で『二人で強盗をする共謀をし、一人が屋内に入り、一人は屋外で見張りをした場合は、強盗の共同正犯である。しかし、屋内で賭博をするのを、屋外で見張りをした者は、それだけでは、賭博をした共同正犯とはいへない』としていることは、すでに、前段で引用した。

（一三） 刑釋八卷三一四頁。もつとも、氏は、さらに語をついで『屋外における見張行為の實體は、犯罪の遂行を妨げるような原因が発生した際にこれを實行行為者に警告することにあるということができよう。これは實行行為そのものであるとはいへない。しかしそれだからといってすべて見張行為は幫助であると斷言することも實情に合わない場合が生ずる。實行行為そのものではないとしても、『實行行為に缺くべからざる行為』の程度に達していればこれを以て共同正犯と認めるのが妥當であろう。これを「密接且必要な行為」の範圍内で認めるとすれば、それこそ幫助との間の相違が没却されてしまう。すなわち最初から屋内に入つて窃取行為を行う能力を缺くものとして單に屋外で見張を命ぜられてこれをした場合には、窃取行為に密接且つ必要な行為であろうが幫助というべく、これに反し、屋内の實行行為者と相呼應してその窃取行為と不可分の關係において且つ窃取行為者と同じウエートにおいて見張をしたような場合には、これは幫助ではなく共同正犯と見るべきであらう。これは結論において小野氏及び佐伯氏と同意見であるが、小野氏は見張を原則として共同正犯と認められる點において、又佐伯氏は實行行為そのものが分擔されることを要すると主張される點において、相違するところがあるわけである』としていることを注意しよう。

## 四 結 語

以上、共同正犯と従犯との區別を、第一に、學說について検討し、主觀的共犯論による區別も客觀的共犯論による區別も、ともに、是認することを得ず、ただ、ひとり、共同意思主體説による區別のみを肯定し得るものとし、第二に、判例についてこれを攷究し、第三期、すなわち、昭和十一年の刑事聯合部判決以降、共同正犯・従犯について共同意思主體説が承認せられ、さらに、第四期、言いかえれば、最高裁判所設立以降においても、舊大審院判例の立場が、そのまま維持せられ現在に至つてゐる、としたのであつた。

ところが、共同意思主體説よりするときは、上述の如く共同正犯は、必ずしも、實行行爲を分擔することを要しないのであるから、第三期の昭和十五年五月九日第二刑事部判決が『従犯は罪の實行行爲に屬せざる行爲を以て正犯の實行行爲を幫助するに依り成立す』とするのはもちろん、第二期の明治四三年九月二〇日第一刑事部判決の『従犯は罪の實行行爲に屬せざる行爲を以て正犯の實行行爲を幫助するに依て成立す』とするのも妥當でない、とすべきものであらう。

さらに、上掲、昭和二十四年二月二二日東京高等裁判所第一二刑事部判決が『竊盜行爲の見張は或は正犯を以て論ぜられ或は従犯と觀られる場合があるが、その區別の標準は専ら自己の犯罪を共同して實現する意思であつたか或は他人の犯罪を幫助するだけの意思であつたかにあり、これによつて兩者が分れるのである』とするのも妥當を缺くものがある、とすべきであらう。けだし、右の『自己の犯罪を共同して實現する意思』と『他人の犯罪を幫助するだけの意思』は、まさに、ヘルシュナー等と同一の主觀的共犯論に立脚して事を論じてゐる、と解すべきものであらう。ヘルシュナー及び『主觀的共犯論の主唱者の多くは、とくに正犯者と従犯者との區別の特徴を、共犯者の故意 (dolus

der Teilnehmer) の中に見出さんとする、すなわち、正犯者は自主犯行 (Selbst-Begehung) を、従犯者は犯罪幫助のみを企圖する、前者は犯罪を自己のものとして、後者はこれを他人のものとして、意欲するものと見る』のである。しかし、このような區別は、ブルクマイヤーも、すでに、これを不可能としている。いわく『しかし、人、もし、それがヘルシュネル及びヤンカにおいて、とくに、そうであるように、結果に對する總條件は同種であるとの見解より出發せんか、——そして、その基礎において、支持せられる主觀的共犯論なるもののみが、理論上、これを主張しえられるのだが、——然らば、實行の故意と幫助の故意なる區別は、感心できない矛盾を包含するにいたる。というのは、結果に對する各協力は、全結果を惹起するから、犯罪的結果に對し故意に加功する各人は、また當該結果を惹起するものすなわち當該犯罪を犯さんと意欲するものでなければならぬ。しかるに、もし、彼が單にその犯罪を幫助せんと欲するに止まるとすれば、彼は自己の行爲の結果に對する錯誤(よつて故意を阻却する)に陥ることにならう。従つて、その結果、正犯者と従犯者との對立は、彼等の協力の因果性を明認せる者と、これについて錯誤に陥れる者との對立と同じことになり、従つて、また、従犯者は、或いは過失による協力者となるか、然らずんば、ブーリーの因果論の反對者となるかのいずれかになるであらう。むべなるかな、ブーリーは、つとに、その共犯論 (Teilnahme, 1860) の第一頁において、次のごとく指摘している、すなわち、條件と原因とを區別する學說に従わんか、共犯者は、「彼がその行爲の客觀的因果性を正當に測定したものと假定して——正犯者としてその犯罪に加擔すると若しくは單に従犯者としてこれに關與するとは彼の意のままである」、これに反して條件と原因とを同視する學說に従わんか、共犯者は、同じ假定の下において、かかる選擇の自由を持たぬ、すなわち、彼は、まさに犯罪を犯さんと欲するの—

事あるのみ、と。しかし各共犯者が犯罪そのものを爲さんと欲するならば、彼は、まさに、これによつて、また、自己の所爲として意欲し、そして他人の所爲としてこれを意欲するものでな<sup>(五)</sup>』と。

このように、客觀的共犯論によつても、主觀的共犯論によつても、ともに、共同正犯と従犯との區別はこれを櫛て得ないとするならば、共同意思主體説に據らざるをえないことになる。すなわち、『犯罪事實の實現に重要な役割を演じたる者を正犯とし、重要ならざる役割を演じたる者を従犯と解する』見解を採らざるをえないことになる、と考えられる。

(一) 大審刑集一九卷三〇三頁。

(二) 大審刑錄一六輯一五二二頁。なお、大正六年七月五日第二刑事部判決(大審刑錄二三輯七九三頁)参照。

(三) なお、同趣旨のものに昭和二五年五月二三日東京高裁第一二刑事部判決がある。いわく『窃盜罪の見張行爲は或場合には共同正犯であることがあり或場合は單に従犯に止ることがある。共同正犯は數人が互に協力して自己の犯罪を實現する意思を以て自己の行爲を自己の犯罪實現に使用すると同時に他人のためにも奉仕し他人の行爲を又自己の犯罪實現に利用するもの即ち互に利用奉仕の關係に結ばれているものである、従つて各人は自己の行爲に對する責任は勿論他人の行爲の責任をも負擔し結局において各人は全員のなした行爲に對する責任を負ふものである、故に共同正犯の一人は單に見張をなしたに過ぎなくとも或は何等行爲をしなくても他の共同正犯者が犯罪を實現した以上は正犯たる責任を免れないものである、これに反して従犯は自己の犯罪を實現する意思はなく専ら他人の犯罪實現に奉仕するものである、即ち相互的に利用奉仕の關係あるのでなく一方的に奉仕の關係あるのみである。この場合他人の犯罪とか自己の犯罪とかいうのは單に他人のためとか自己のためとかいうのと異なり實行行爲を離れて觀念することができないもので他人のためであつても實行行爲をするものは即ち自己の犯罪なのである。窃盜の見張が共同正犯であるか従犯であるかは右の見地に立つて判斷しなければならぬものである』と(高等特報九號一二二頁)。

(四) 拙著、共犯理論の研究、三八〇頁。

(五) 拙著、上掲、三二八頁以下。